

WYROK
z dnia 19 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 grudnia 2016 r. przez wykonawcę Arcon Polska Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Zakład Transportu i Spedycji Lasów Państwowych w Giżycku w Giżycku

przy udziale wykonawcy Forex Polska Sp. z o.o. w Kostrzynie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Arcon Polska Sp. z o.o. w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Arcon Polska Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Arcon Polska Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz Skarbu Państwa – Państwowego Gospodarstwa Leśnego Zakładu Transportu i Spedycji Lasów Państwowych w Giżycku w Giżycku kwotę 3.198 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sto dziewięćdziesiąt osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Zakład Transportu i Spedycji Lasów Państwowych w Giżycku w Giżycku – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa fabrycznie nowego zestawu maszyn leśnych do pozyskania i zrywki drewna typu harvester i typu forwarder w 2016 r. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 194- 349917 7 października 2016 r. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego 9 kwietnia 2015 r. informacji o wyniku postępowania 1 grudnia 2016 r. Arcon Polska Sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, polegające na:

- nieuzasadnionym wyborze oferty Forex Polska Sp. z o.o. w Kostrzynie, pomimo że oferta

tego wykonawcy nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”);

- wadliwej ocenie oferty odwołującego skutkującej niezasadnym zaniechaniem przyznania odwołującemu 10 punktów w kryterium „Odległość autoryzowanego warsztatu naprawczego (serwisu) od siedziby Zamawiającego”, co w konsekwencji spowodowało zaniżenie łącznej punktacji (odwołujący uzyskał 90 pkt zamiast 100 pkt) i sklasyfikowanie oferty odwołującego na drugiej pozycji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownej oceny ofert i przyznania odwołującemu 10 pkt w kryterium „Odległość autoryzowanego warsztatu naprawczego (serwisu) od siedziby Zamawiającego”.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, że w SIWZ w zakresie ustalenia odległości autoryzowanego warsztatu naprawczego (serwisu) od swojej siedziby zamawiający wymagał wyłącznie oświadczenia własnego wykonawcy. Podniósł, że podstawy przyjęcia, że pod ww.

adresem w Ostrołęce nie mieści się autoryzowany warsztat naprawczy Arcon Polska Sp. z o.o., w sytuacji, gdy właściciel nieruchomości, na której został zorganizowany punkt serwisowy potwierdza jego usytuowanie, jest niejasne. SIWZ nie zawiera żadnych wymagań, co do tego, jak powinien wyglądać taki warsztat, jak powinien być oznaczony, wyposażony, co powinien oferować. Wskazał, że również umowa nie zawiera żadnych postanowień dotyczących warsztatu lub korelujących z usytuowaniem warsztatu. Zarzucił, że zamawiający wspomniane kryterium postawił przypadkowo, gdyż z lokalizacją warsztatu nie połączył absolutnie żadnych powinności. Odwołujący ocenił, że wykonawca ma obowiązek realizować naprawy przede wszystkim w siedzibie zamawiającego. Jest to powszechną praktyką przy tego typu maszynach leśnych. Transport do serwisu, niezależnie od odległości, jest poważnym przedsięwzięciem logistycznym generującym niewspółmiernie wyższe koszty (abstrahując od tego kto miałby je ponosić - wykonawca czy zamawiający), niż dojazd serwisu do miejsca bazowania maszyn.

Wykonawca Forex Polska Sp. z o.o. w Kostrzynie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska a zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W pkt 14.1 ppkt 3) SIWZ zamawiający ustalił kryterium odległości autoryzowanego warsztatu naprawczego (serwisu) od siedziby zamawiającego i nadał mu wagę 10% (max. liczba punktów: 10). W punkcie 14.2 ppkt 3) SIWZ określono sposób obliczania punktów dla ww. kryterium, przyporządkowując podane wartości do zakresów odległości, odpowiednio:

- powyżej 250 km – 0 pkt;
- od 225 km do 249 km – 2 pkt;
- od 200 km do 224 km – 4 pkt;
- od 175 km do 199 km – 6 pkt;
- od 150 km do 174 km – 8 pkt;
- do 149 km – 10 pkt.

W tym pkt SIWZ zamawiający wskazał również, że:

-
- a. Kryterium odległości autoryzowanego warsztatu naprawczego (serwisu) od siedziby Zamawiającego na całość zamówienia (dla harwestera i forwardera) będzie rozpatrywane na podstawie podanej w formularzu ofertowym odległości autoryzowanego warsztatu naprawczego (serwisu) od siedziby Zamawiającego.
 - b. Wykonawca winien podać odległość autoryzowanego warsztatu naprawczego (serwisu) od siedziby Zamawiającego pełnych kilometrów tj. 157, 197, ..., 238 kilometrów.
 - c. W przypadku nie wypełnienia w formularzu ofertowym stosownej rubryki zamawiający uzna, że wykonawca posiada autoryzowany warsztat naprawczy (serwis) w odległości równej lub

większej niż 250 km od siedziby Zamawiającego. W takiej sytuacji Wykonawca otrzyma O punktów za to kryterium.

Zgodnie z punktem 11.9 ppkt f) SIWZ wykonawca składał na formularzu oferty oświadczenie umożliwiające dokonanie oceny ofert w kryterium odległości autoryzowanego warsztatu naprawczego (serwisu) od siedziby zamawiającego. Wykaz autoryzowanych warsztatów naprawczych z podaniem odległości od siedziby Zamawiającego stanowił załącznik nr 7 do siwz.

Formularz ofertowy stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ w punkcie 9 lit. c) zawierał miejsce na złożenie oświadczenia co do odległości autoryzowanego warsztatu naprawczego (serwisu) od siedziby zamawiającego.

Zgodnie z par. 2 ust. 2 pkt d) wzoru umowy, którą zamawiający zamierza zawrzeć z wykonawcą, cena obejmuje koszty serwisów gwarancyjnych - a w tym koszty części i materiałów eksploatacyjnych (filtrów, olei, płynów eksploatacyjnych, pasków itp.) w okresie gwarancji przy normalnej eksploatacji, a także w okresie gwarancji robocizny i dojazdów serwisu do miejsca naprawy oraz ewentualny dowóz maszyny do serwisu. W przypadku oferowania przez wykonawcę serwisu gwarancyjnego poza terenem Polski, Wykonawca zapewni ponadto, w okresie gwarancji, porozumiewanie się użytkownika uszkodzonej maszyny z serwisantem w języku polskim. Zakres gwarancji nie obejmuje łańcuchów i przewodnic. Par. 3 ust. 5 wzoru umowy stanowi, że: Po upływie gwarancji do upływu 4 lat od przekazania przedmiotu umowy Wykonawca będzie obciążał Zamawiającego za dojazd serwisu w celu naprawy przedmiotu zamówienia (harwestera i forwardera) według stawki za 1 kilometr w wysokości zł netto. Natomiast zgodnie z par. 5 ust. 4 zd. pierwsze: Ujawnione wady fizyczne zostaną usunięte niezwłocznie po przybyciu zapewnionego przez Wykonawcę serwisu do maszyny lub dostarczeniu maszyny do serwisu na koszt Wykonawcy, przy czym okres naprawy nie powinien przekraczać 7 dni, a w uzasadnionych przypadkach termin ten może ulec przedłużeniu jednak nie więcej niż o 7 dni.

Odwołujący określił odległość autoryzowanego warsztatu naprawczego (serwisu) od siedziby zamawiającego na 132 kilometry i wskazał punkt położony w Ostrołęce przy ul. Warszawskiej 27.

Pismem z 18 listopada 2016 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie m.in. posiadania autoryzowanego warsztatu naprawczego pod ww. adresem. Zamawiający nadmieniał, że według jego informacji nie mieści się tam autoryzowany serwis. Pismem z 19 listopada 2016 r. odwołujący wskazał, że dysponuje wskazaną placówką, w której zorganizował warsztat naprawczy, złożył również oświadczenie z 14 listopada 2016 r., którego wystawca (na kopii dokumentu w aktach sprawy nie sposób ustalić firmy wystawcy oraz personaliów osoby podpisującej) potwierdził udostępnienie odwołującemu siedziby przy ul. Warszawskiej w celu prowadzenia serwisu maszyn oferowanych przez odwołującego.

Termin składania ofert upływał 15 listopada 2016 r.

Powyższych ustaleń dokonano na podstawie dokumentów znajdujących się w formie kopii w aktach sprawy.

Dowody z zeznań świadków okazały się całkowicie zbędne dla rozstrzygnięcia odwołania.

Świadek, którego Izba przesłuchała na wniosek zamawiającego, nie był świadkiem okoliczności, co do których składał zeznania. Wygląd nieruchomości wskazanej przez odwołującego znał z relacji innych osób.

Izba uznała, że rozstrzygnięcie zarzutu odwołania wymaga wykładni SIWZ, co wespół ze zgromadzonym w aktach materiałem dowodowym, pozwoli na uzyskanie rozstrzygnięcia. Dodatkowe dowody z zeznań osób wskazanych przez obie strony, które należałoby wezwać na kolejny termin rozprawy, powodowałoby jedynie przedłużenie postępowania. Wobec spełnienia przesłanki negatywnej wskazanej w art. 190 ust. 6 *in finem* Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie okazało się bezzasadne.

Istota sporu wymaga rozstrzygnięcia dwóch kwestii. Pierwsza z nich sprowadza się

do rozumienia użytego w 14.1 ppkt 3) SIWZ pojęcia autoryzowany warsztat naprawczy (serwis), druga do ustalenia momentu, na który powinny być spełnione wymagania SIWZ

dotyczące elementów treści oferty mających wpływ na ocenę oferty w kryterium pozacenowym.

Istotnie treść SIWZ nie precyzuje wymagań stawianych sposobowi organizacji pracy albo wyposażenia warsztatu, jednak zrozumienie pojęcia „autoryzowany warsztat naprawczy (serwis)” nie nastręcza trudności osobie nie dysponującej wiedzą fachową z zakresu mechaniki, czy gospodarki leśnej. Relevantne jest bowiem określenie „autoryzowany”, którego rozumienie jest powszechnie ustalone. Aby mowa była o warsztacie autoryzowanym powinien mieć on uprawnienie do dokonywania napraw w imieniu producenta danego sprzętu. Izba nie miała wątpliwości, że osoba, która uda się do autoryzowanego warsztatu musi stwierdzić, że jest możliwość prowadzenia w nim napraw oraz że dana placówka może działać w imieniu producenta określonego sprzętu.

Nie można też mieć wątpliwości, że wymagania zamawiającego co do posiadania autoryzowanego punktu serwisowego powinny być spełnione już w dacie składania oferty. Nowelizacja ustawy, która weszła w życie 28 lipca b.r. pozwala wykonawcom na wykazywanie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw do wykluczenia z postępowania na datę późniejszą, niż dzień, w którym upływa termin składania ofert. Art. 26 ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym terminie, który nie może być krótszy niż 10 dni, aktualnych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. To rozluźnienie rygorów formalnych nie dotyczy jednak treści oferty, która powinna być ustalona i integralna już w dacie złożenia oferty. Zgodnie z art. 84 ust. 1 Pzp zmiana treści oferty jest możliwa przed upływem terminu składania ofert. Po upływie tego terminu można dokonywać wyłącznie zmian wskazanych w sposób wyczerpujący w art. 87 ust. 1 Pzp.

Przeniesienie tych rozważań na grunt okoliczności sporu prowadzi do przekonania, że zamawiający zasadnie nie przyznał ofercie odwołującego punktów, w kryterium odległości autoryzowanego warsztatu naprawczego (serwisu) od siedziby zamawiającego. Zdaniem Izby stan sprawy istniejący w dacie składania ofert był zbieżny z ustaleniami komisji przetargowej podczas wizji lokalnej w punkcie wskazanym w ofercie odwołującego dokonanej 17 listopada 2016 r. Odwołujący dysponował wprawdzie lokalem przeznaczonym na autoryzowany warsztat naprawczy (serwisu), jednak w dacie złożenia ofert odwołujący nie prowadził pod adresem wskazanym w ofercie punktu naprawczego, który można określić mianem autoryzowanego serwisu, ani też nie wykazał, że w dacie tej punkt ten był zorganizowany i mógł dokonywać napraw w imieniu producenta sprzętu. Z dokumentów złożonych przez

odwołującego oraz oświadczeń złożonych na rozprawie nie wynikają twierdzenia przeciwne. Zdjęcia nieruchomości i wydruki z Internetu obrazują kolejne kroki organizacyjne podjęte przez odwołującego po upływie terminu składania ofert – oznaczenie nieruchomości, ujawnienie warsztatu na stronie www odwołującego i nie przeczą stanowi istniejącemu w tej dacie. Protokół wykonania usługi z 11 października 2016 r. nie potwierdza prowadzenia autoryzowanego warsztatu naprawczego, a jedynie trasę pojazdu naprawczego.

W odwołaniu zawarta jest krytyka spornego kryterium oceny ofert, co z uwagi na upływ terminu na kwestionowanie treści SIWZ, który dla badanego postępowania wynika z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, jest działaniem spóźnionym. Ponadto Izba stwierdziła, że w świetle regulacji umowy, odległość autoryzowanego warsztatu naprawczego (serwisu) od siedziby zamawiającego ma znaczenie dla kosztów, które zamawiający będzie ponosił w związku z wykonywaniem umowy, zatem kryterium to odnosi się do przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 91 ust. 1 Pzp, gdyż nie było podstaw ku temu, by zgodnie z wymaganiami SIWZ przyznać ofercie odwołującego 10 pkt. Jakkolwiek zamawiający przewidział ocenę oferty w kryterium odległość autoryzowanego warsztatu naprawczego (serwisu) od siedziby zamawiającego na podstawie oświadczenia wykonawcy zawartego w formularzu oferty, to skoro zamawiający powziął wątpliwości w odniesieniu do oferty odwołującego, z którym współpracuje i z autopsji wie, że naprawy nie są wykonywane we wskazanym miejscu, lecz w Warszawie, mógł i powinien być podjąć

działania zmierzające do ustalenia, czy rzeczywiście odwołujący ma warsztat w Ostrołęce i należy przyznać ofercie odwołującego punkty za posiadanie tego warsztatu.

W ocenie Izby zachowanie zamawiającego nie narusza prawa i świadczy o jego staranności przy prowadzeniu postępowania.

Odwołanie nie zawierało zarzutów w stosunku do oceny oferty przystępującego, zatem ocena, czy zamawiający dopuścił się nierównego traktowania przy przyznawaniu punktów w kryterium odległość autoryzowanego warsztatu naprawczego (serwisu) od siedziby zamawiającego, była niedopuszczalna w świetle art. 192 ust. 7 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.198 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: